

SEÇÃO ESPECIAL
CIÊNCIA, QUESTÕES
DE FATO E DECISÃO
JUDICIALPECULIARIDADES
DA ARGUMENTAÇÃO
SOBRE FATOS
NO CAMPO DO DIREITO¹**Fábio Perin Shecaira**Professor Adjunto,
Programa de Pós-Graduação
em Direito da UFRJ.
fabioperin@direito.ufrj.br**Noel Struchiner**Professor Associado,
Departamento de Direito
da Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro.
noel@puc-rio.br

Autores convidados.

Distinctive Features of
Factual Reasoning in Law

RESUMO

A argumentação jurídica é frequentemente caracterizada como uma espécie particularmente formal, engessada ou “institucional” de argumentação. Autores que concordam com essa caracterização da argumentação jurídica costumam ter em mente argumentos jurídicos práticos, como o silogismo jurídico, as analogias jurídicas, os argumentos baseados em precedentes judiciais etc. O principal objetivo deste artigo é mostrar que a mesma ideia é aplicável à argumentação sobre fatos: argumentos sobre fatos também costumam ser particularmente institucionais quando formulados dentro do processo legal. Para mostrar que esse é o caso, contrastamos o uso de “inferências à melhor explicação” no contexto legal com o emprego científico dessa forma importante de inferência

Palavras-chave: Argumentação jurídica; argumentação sobre fatos; inferência à melhor explicação.

Abstract

Legal reasoning is often characterized as a particularly formal, constrained or “institutional” type of reasoning. Authors who agree with this characterization of legal reasoning are usually concerned with practical arguments, such as the legal syllogism, legal analogies, precedent-based reasoning, and so on. The main goal

¹ Este artigo reproduz diversos trechos dos Capítulos 2, 6 e 7 de Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner, *Teoria da Argumentação Jurídica*. PUC-RJ e Contraponto (no prelo). A nossa pesquisa contou com o apoio do CNPq e da FAPERJ. Agradecemos os comentários da Profa. Rachel Herdy em relação a uma versão preliminar do artigo.

of this paper is to show that the same general idea applies to arguments about facts: they tend to be particularly institutional when formulated within the legal process. To establish this claim, we contrast the use of “inferences to the best explanation” in the legal context with the way in which this important form of inference is used in scientific inquiry.

Keywords: Legal Reasoning; Factual Reasoning; Inference to the Best Explanation.

1. ARGUMENTAÇÃO TEÓRICA E ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA

É possível distinguir argumentos teóricos de argumentos práticos. A distinção diz respeito ao tipo de conclusão que cada argumento pretende estabelecer. Argumentos teóricos procuram estabelecer conclusões teóricas, isto é, conclusões sobre como as coisas são, foram ou serão. Por exemplo:

A.

Obama é americano.

Logo,

Obama *gosta* de hambúrguer.

B.

Obama é havaiano.

Logo,

Obama *nasceu* nos Estados Unidos.

C.

Obama foi presidente.

Logo,

Obama *será estudado* pelas gerações futuras.

A, B e C são argumentos teóricos porque pretendem estabelecer conclusões sobre como as coisas são (A), foram (B) ou serão (C). São conclusões sobre fatos (presentes, passados e futuros). Conclusões teóricas também podem ser ditas “conclusões descritivas” ou “conclusões fatuais”.

Argumentos práticos, por outro lado, são aqueles que procuram estabelecer conclusões práticas, isto é, conclusões sobre como as coisas devem ser, deveriam ter sido ou deverão ser. Exemplos:

O famoso “silogismo jurídico” é um tipo de argumento prático, pois ele também pretende estabelecer uma conclusão sobre como as coisas devem ser.

D.

Obama é americano.

Logo,

Obama *deve* ter orgulho do seu país.

E.

Obama é havaiano.

Logo,

Obama *deveria ter* atuado mais na política havaiana antes de se tornar presidente.

F.

Obama foi presidente.

Logo,

Obama *deverá ser* tratado com respeito quando se afastar da política.

D, E e F são todos argumentos práticos. Eles procuram estabelecer conclusões sobre como as coisas devem ser (hoje, ontem ou amanhã). Conclusões práticas também podem ser ditas “conclusões normativas” ou “conclusões prescritivas”.

O famoso “silogismo jurídico” é um tipo de argumento prático, pois ele também pretende estabelecer uma conclusão sobre como as coisas devem ser. Por exemplo:

G.

Quem dirige sob a influência do álcool deve perder o direito de dirigir. (Premissa maior)

João dirigiu sob a influência do álcool. (Premissa menor)

Logo,

João *deve* perder o direito de dirigir.

É preciso fazer uma ressalva um pouco técnica a respeito da noção de argumento prático. O argumento prático é definido aqui em função da natureza da sua conclusão. Diante disso, alguém poderia fazer a objeção de que um argumento que tenha uma conclusão normativa também precisa ter ao menos uma premissa normativa (como no caso do silogismo jurídico, que tem uma afirmação normativa como premissa maior). É logicamente proibido, segundo essa objeção, partir de premissas puramente descritivas para uma conclusão

normativa. É logicamente proibido partir do “ser” para o “dever-ser”. Alguns emprestam de G.E. Moore o termo “falácia naturalística” (que o próprio Moore usava em outro sentido) e usam-no para criticar argumentos que vão do “ser” para o “dever-ser”. Como a nossa definição de argumento prático exige apenas *conclusões* práticas, inevitavelmente incluímos na categoria de argumentos práticos uma série de supostas falácias naturalísticas – por exemplo, E: “Obama é havaiano. Logo, Obama deveria ter atuado mais na política havaiana antes de se tornar presidente.”

Argumentos como esse são usados rotineiramente e soam razoáveis. Uma maneira tentadora de evitar a caracterização do argumento como falacioso é atribuir-lhe uma premissa normativa implícita (ou “entimemática”, para usar um termo técnico). Por exemplo: “Todo havaiano que tenha pretensões políticas deve dedicar-se primeiro à política havaiana.” Mas essa é uma proposta problemática; é possível que o autor do argumento original duvide de uma generalização tão ampla. O que dizer, por exemplo, daqueles havaianos que saíram do estado ainda jovens e não formaram vínculos fortes com a população e a cultura local? Há que se tomar cuidado no momento de atribuir afirmações genéricas a autores de argumentos que não as formularam explicitamente. Hoje existe uma literatura ampla sobre a possibilidade de argumentos práticos baseados em premissas fatuais². O termo “falácia naturalística”, usado sem maiores explicações, não passa de uma arma retórica que só deve assustar os desavisados.

2. ARGUMENTAÇÃO INSTITUCIONAL E ARGUMENTAÇÃO SUBSTANTIVA

É possível distinguir dois tipos de argumentação prática: argumentação prática *substantiva* e argumentação prática *institucional*³. Como formas de argumentação prática, as duas procuram fundamentar conclusões sobre o que deve ser. Mas cada uma busca esse objetivo à sua maneira. A argumentação substantiva e a argumentação institucional visam estabelecer suas conclusões práticas por meio de razões de tipos diferentes.

² Um autor que ajudou a estimular essa discussão é WELLMAN, 1971.

³ A distinção é feita nesses termos por MACCORMICK, 1993.

Quem argumenta institucionalmente não defende aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão.

A argumentação substantiva apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc. A maioria das pessoas que se envolve com a argumentação prática argumenta de maneira substantiva (o cientista político, o filósofo moral, o jornalista, o indivíduo que escreve uma carta para os editores do jornal, o motorista de táxi, o amigo que bebe conosco uma cerveja no bar, e assim por diante). Se algo lhes incomoda – o fato de que um político corrupto não foi preso, por exemplo – eles o criticam por ser injusto, um sinal do nosso atraso político, ou algo do tipo. Se algo lhes agrada – a condenação do político corrupto, por exemplo – eles comemoram dizendo que a impunidade é um grande mal social, que o político lesou os cofres públicos e assim por diante.

A argumentação institucional, por outro lado, não apela livremente a considerações morais, políticas ou econômicas. Ela é mais burocrática, engessada e (segundo alguns) artificial. Quem argumenta institucionalmente não defende aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão. Quem argumenta institucionalmente costuma ocupar uma posição social que exige um certo respeito em relação a regras e procedimentos previamente estabelecidos. Pense, por exemplo, no juiz de futebol. Antes de saber se a marcação de um pênalti em uma partida importante poderá gerar uma briga violenta entre torcidas ou decepcionar uma multidão de torcedores (ambos resultados ruins do ponto de vista substantivo), ele quer saber se a conduta do jogador que provocou o suposto pênalti viola ou não alguma *regra do jogo*. E, mesmo que o juiz tome uma decisão com base em considerações relativas ao bem-estar da torcida, ele dificilmente admitirá publicamente que essas considerações foram determinantes. A posição de juiz exige que suas decisões sejam justificadas institucionalmente.

O juiz de direito é outro exemplo de indivíduo cuja posição social exige respeito em relação a regras e procedimentos previamente estabelecidos (na lei, na jurisprudência e em outras “fontes” eventualmente reconhecidas pelo sistema jurídico em questão). Advogados, defensores e promotores, por trabalharem rotineiramente com o objetivo de convencer juízes, acabam falando a mesma língua. Até os juristas acadêmicos (pelo menos aqueles que se dedicam à dita “dogmática jurídica”) seguem essa tendência. Para os profissionais do direito de maneira geral, o mais importante é saber se há provas

e outras considerações tecnicamente admissíveis que incriminem o político corrupto. O profissional do direito tende a criticar os aspectos técnico-jurídicos de decisões como a do Supremo Tribunal Federal no caso do “Mensalão” ao mesmo tempo em que torce, enquanto cidadão, para que os mensaleiros sejam condenados. A cisão entre as perspectivas do cidadão e do profissional corresponde à cisão entre as maneiras substantiva e institucional de se argumentar. Em outro artigo, nós dedicamos mais tempo à defesa da tese de que é predominantemente institucional a argumentação prática realizada por profissionais do direito e juristas dogmáticos⁴. Remetemos o leitor àquele artigo e procedemos aqui com base na suposição de que esse realmente é o caso.

3. ARGUMENTAÇÃO TEÓRICA NO DIREITO

A distinção entre argumentação institucional e argumentação substantiva é, a princípio, uma distinção entre tipos de argumentação prática. Aliás, a teoria da argumentação jurídica tradicionalmente dá mais ênfase à argumentação prática do que à argumentação teórica. Noutras palavras, a teoria da argumentação jurídica tradicionalmente dá atenção especial ao silogismo jurídico e aos argumentos que podem servir para justificar a premissa maior. Aqui dedicamos mais espaço à premissa menor e ao tipo de argumento que pode servir para justificá-la.

Um dos objetivos deste artigo é mostrar que uma distinção análoga à distinção de MacCormick pode ser feita no que diz respeito à argumentação teórica. Fora do ambiente burocrático e institucionalizado do direito, as pessoas recorrem com mais liberdade às considerações e evidências que parecem ser relevantes para a fundamentação de suas conclusões sobre fatos. No direito, por outro lado, a argumentação sobre fatos é regulada por regras e procedimentos previamente estabelecidos. Advogados e juízes nem sempre vão direto aos fatos e evidências que mais interessam (do ponto de vista dos leigos, pelo menos). Eles às vezes ignoram ou minimizam a importância de documentos, testemunhos e outros meios de prova que parecem ter relevância imediata para o processo legal. Por essa e por outras razões, partes altamente suspeitas às vezes prevalecem no processo – não por terem bons argumentos

⁴ STRUCHINER; SHECAIRA, 2012.

Consistência interna, coerência com teorias estabelecidas, abrangência, profundidade e simplicidade são exemplos de virtudes em termos das quais se costuma aferir a qualidade de uma explicação.

para dar em sua defesa, mas porque a outra parte é incapaz de provar rigorosamente as suas alegações. O que é que explica esses fatos curiosos?

Para começar, é importante fazer algumas observações a respeito da argumentação teórica em geral. Um tipo de argumento indutivo particularmente comum no raciocínio teórico é aquele que filósofos costumam chamar de “abdução” ou “inferência à melhor explicação” (abreviada aqui como IME)⁵. A IME tem a seguinte estrutura:

Esquema geral da IME.

1. F é um conjunto de fatos (que precisa ser explicado).
2. A hipótese H explica F.
3. Nenhuma outra hipótese explica F tão bem quanto H.
Logo,
4. H é verdadeira.

São controvertidos entre os estudiosos da IME os critérios precisos que servem para determinar se uma hipótese “explica melhor” do que outras hipóteses um dado conjunto de fatos. Consistência interna, coerência com teorias estabelecidas, abrangência, profundidade e simplicidade são exemplos de virtudes em termos das quais se costuma aferir a qualidade de uma explicação. A definição de cada uma dessas virtudes e a sua importância relativa são temas que dividem filósofos contemporâneos⁶. Mas isso não vem ao caso. O que importa para os nossos propósitos é que inúmeras conclusões sobre fatos, tanto na vida cotidiana quanto na academia, baseiam-se em argumentos que se encaixam no esquema geral.

Um homem chega à conclusão de que chove lá fora porque essa é a hipótese que melhor explica o barulho de chuva que se ouve de dentro da casa, assim como o fato de que sua esposa acaba de entrar em casa com a roupa molhada. Eu chego à conclusão de que há um rato no meu apartamento porque essa é hipótese que melhor explica o sumiço repentino do meu queijo e o fato de que ouvi um barulho incomum vindo da dispensa no dia anterior. Afinal, o meu

⁵ A palavra “indutivo” é usada aqui em sentido amplo: tratamos como indutivo todo argumento que não é dedutivo.

⁶ Uma boa introdução ao assunto encontra-se em SINNOTT-ARMSTRONG; FOGELIN, 2010, p. 257-263. Uma discussão mais avançada encontra-se em MACKONIS, 2013.

apartamento não é frequentado pelo tipo de pessoa que furtaria um queijo e deixaria migalhas só para dar a impressão de que um rato é o verdadeiro culpado. Para dar um exemplo de IME mais complexa, um biólogo chega à conclusão de que as espécies evoluíram a partir de ancestrais comuns porque essa é a hipótese que melhor explica a distribuição das espécies pelos continentes, entre outros fatos: “Por exemplo, há semelhanças anatômicas entre as pernas dos cavalos e das zebras. Como explicá-las se Deus os criou separadamente? Presumivelmente, ele poderia tê-los criado tão diferentes quanto quisesse. Mas se cavalos e zebras têm um ancestral comum, isso fornece uma explicação óbvia para sua semelhança anatômica”⁷.

Considere agora um exemplo de IME que se aproxima mais do terreno jurídico. Imagine que tenha ocorrido uma morte na mansão da família Chaves. O Sr. Chaves foi assassinado e há pelo menos três hipóteses que competem para explicar os fatos que giram em torno da sua morte. Talvez o mordomo seja o culpado, talvez a filha única do Sr. Chaves, talvez algum ladrão. Os fatos sabidos são os seguintes: (i) há muitos furtos e assaltos na região; (ii) nada de muito valor foi levado da mansão e não há sinais de arrombamento; (iii) a filha do Sr. Chaves não tinha uma boa relação com o pai, que ameaçava excluí-la de seu testamento; (iv) a Sra. Chaves, que estava fora do país na época do crime, jura que a filha amava o pai apesar das desavenças; (v) o mordomo tem antecedentes criminais; (vi) havia no local do crime uma luva masculina ensanguentada; (vii) o mordomo confessou o crime, diante de um policial agressivo e sem a presença do seu advogado.

A hipótese de que algum ladrão tenha matado o Sr. Chaves se harmoniza com o fato (i) e não entra em conflito com os fatos (iii) - (vii). A hipótese tem pouca credibilidade, no entanto, porque ela se choca flagrantemente com o fato (ii). Sobram como suspeitos o mordomo e a filha do patrão. O fato (iii) indica que a filha teria motivo para matar o Sr. Chaves, mas o fato (iv), por outro lado, indica que isso não aconteceu. Finalmente, a hipótese de que o mordomo é o assassino não entra em conflito com nenhum dos sete fatos e se harmoniza particularmente com os fatos (v) - (vii). Nenhuma hipótese explica os fatos tão bem quanto essa. Ela é, provavelmente,

⁷ OKASHA, 2002, p. 31 (tradução livre).

a hipótese verdadeira. Digo “provavelmente” porque a IME é um argumento de tipo indutivo, não dedutivo. Pode ser que ignoremos algum fato relevante. Talvez a Sra. Chaves costume mentir, ou seja incapaz de denunciar a própria filha. Talvez o mordomo seja facilmente intimidado por policiais truculentos. O que podemos dizer é que, diante dos fatos que estão à nossa disposição, o mais provável é que o mordomo seja o autor do crime.

É assim que a maioria de nós pensaria. É assim que um detetive como Sherlock Holmes pensaria. Ele consideraria cada fato e sua contribuição, positiva ou negativa, em relação a cada hipótese. No entanto, essa maneira comum de raciocinar dificilmente seria reproduzida em um tribunal moderno. Um promotor que buscasse a condenação do mordomo teria que respeitar regras e procedimentos que nós e Holmes simplesmente ignoramos. Uma confissão extraída sumariamente por um policial agressivo pode ser considerada ilícita por um tribunal. Antecedentes criminais muitas vezes são rejeitados como indícios possíveis do cometimento de um novo crime. O testemunho favorável de parentes do réu é frequentemente considerado inadmissível. Enfim, o promotor teria de omitir uma série de provas consideradas perfeitamente relevantes fora do contexto jurídico-processual.

Como o exemplo da morte do Sr. Chaves ajuda a mostrar, o direito molda a argumentação teórica por meio de diferentes mecanismos. Mencionaremos três desses mecanismos: exclusões, ônus e “standards” de prova. A exclusão acontece quando um meio de prova (documento, confissão, testemunho etc.) tem o seu valor probatório inteiramente excluído, ou pelo menos limitado, no contexto de um processo legal. A confissão do mordomo pode parecer extremamente relevante, mas sistemas jurídicos modernos, preocupados com os abusos frequentes das autoridades policiais, preferem impedir o uso desse tipo de recurso. Aliás, cada uma das exclusões que o exemplo do mordomo ilustra é comum em sistemas jurídicos modernos. O que as exclusões fazem, essencialmente, é limitar o rol de fatos que pode ocupar o lugar de F no esquema geral da IME. Isso dificilmente acontece fora do direito. Pessoas comuns que procuram saber se chove lá fora e biólogos que pretendem entender a evolução das espécies consideram amplamente as evidências disponíveis. Por que excluir um fato que pode ajudar a identificar a melhor hipótese? A IME no

Quando o ônus é claramente de uma das partes, e ela é incapaz de apresentar prova relevante, a outra parte sequer precisa se manifestar.

direito, só por causa das exclusões, já é significativamente diferente da IME fora do direito. Mas ainda há outras diferenças dignas de nota.

O ônus de prova diz respeito ao fato de que diferentes partes de um processo legal, em diferentes momentos do processo, têm a responsabilidade de apresentar seus argumentos em defesa das questões de fato suscitadas. O ônus de prova às vezes é distribuído por meio das ditas “presunções” legais. Presume-se inocente o réu criminal. Essa é outra maneira de dizer que não cabe ao réu mostrar que é inocente. Cabe ao acusador formular um argumento que estabeleça a culpa do réu. Se o argumento for plausível, o processo seguirá para que o réu possa se defender. Da mesma forma, um sistema jurídico pode presumir que o filho de uma mulher casada é também filho do seu marido. Em outras palavras, tem o ônus de prova quem quiser contestar a paternidade no contexto de um processo legal⁸. Quando o ônus é claramente de uma das partes, e ela é incapaz de apresentar prova relevante, a outra parte sequer precisa se manifestar. Considere o seguinte diálogo hipotético (mas verossímil):

– Autor: O réu me deve 500 reais. – Réu: Discordo do autor. – Autor: O réu me deve 500 reais porque realizamos um contrato válido de compra e venda, eu forneci o produto e o réu não pagou. – Réu: Reconheço que o autor forneceu o produto e que eu não paguei, mas não reconheço que haja entre nós um contrato válido. – Juiz: *Autor, prove que vocês têm um contrato válido.* – Autor: Eis um documento assinado por nós dois. – Réu: Não reconheço a autenticidade deste documento. – Juiz (ao réu): *Visto que o documento parece autêntico, prove que ele não é.* – Réu: Esse laudo encomendado a um laboratório atesta que a minha assinatura foi forjada. – Autor: O relatório não serve como prova, pois eu tive conhecimento dele muito tarde no processo. – Juiz: Concordo: a prova não é admissível⁹.

⁸ As presunções discutidas neste parágrafo são presunções “relativas” ou “derrotáveis”. Elas se distinguem das presunções “absolutas”. O primeiro tipo de presunção transfere o ônus de prova a uma das partes, dando-lhe não só o dever, mas também a oportunidade, de estabelecer a sua versão dos fatos. A presunção absoluta, por outro lado, não dá à outra parte qualquer oportunidade de contestação: “há pouca diferença entre [...] uma presunção absoluta e aquilo que chamaríamos simplesmente de regra jurídica. [...] A lei [do estado da Florida] impõe pena muito mais alta aos traficantes do que àqueles que simplesmente portam drogas, e diz em seguida que o portador de 28 gramas ou mais de cocaína deve ser presumido culpado de tráfico de drogas ilícitas, sem possibilidade de contestação. Em outras palavras, se você é detido com mais de 28 gramas de cocaína, presume-se que você é um traficante, ainda que não seja. O ônus de prova não está em questão, pois o direito sequer permite que você tente derrubar a presunção [...]” (SCHAUER, 2009, p. 226, tradução livre).

⁹ O diálogo foi emprestado, com algumas modificações, de PRAKKEN; SARTOR, 2004.

O juiz manda (nos trechos destacados) que se pronuncie, em cada momento, a parte que tem o ônus de prova. Se a parte não consegue sustentar o ônus, ela corre o risco de perder a disputa. Quando biólogos discordam sobre a evolução das espécies eles não costumam proceder com base em regras claras sobre ônus de prova. Eles apresentam IMEs rivais em defesa das suas respectivas teorias acerca da evolução. No direito, as coisas são diferentes. O autor de uma ação é normalmente quem tem a responsabilidade de provar os fatos alegados; o réu costuma ter a responsabilidade subsidiária de reagir diante dos argumentos do autor. No direito, portanto, nem todo mundo tem que formular o seu próprio argumento teórico, ou sua própria IME. A responsabilidade é distribuída de maneira seletiva e variável ao longo do processo¹⁰. Ônus e presunções também funcionam como critérios de desempate. Quando dois cientistas têm argumentos não concludentes, mas igualmente plausíveis, em defesa de teorias rivais, a comunidade científica tende a considerar a questão aberta até que novas evidências surjam, corroborando uma ou outra teoria. No direito, por outro lado, quando réu e autor apresentam IMEs que levam a explicações igualmente plausíveis dos fatos discutidos no processo, prevalece a parte que não tem o ônus de prova, ou que goza de alguma presunção a seu favor. Tribunais não suspendem o juízo ou paralisam o processo até que mais evidências sejam apresentadas.

Finalmente, considere os “standards” de prova. Esse é um termo da língua inglesa que diz respeito ao grau de probabilidade com que deve ser estabelecida uma conclusão em diferentes áreas do direito. Nem todo sistema jurídico estabelece tais “standards”, mas eles são comuns nos países da “common law”. A culpa de um suposto criminoso deve ser estabelecida “beyond a reasonable doubt”: isto é, se houver dúvida significativa sobre a autoria do crime, não se deve condenar o réu. Já no campo da responsabilidade civil, onde as consequências de uma eventual condenação são menos graves, basta que as evidências apontem mais para a culpa do que para a inocência do réu (entre esses dois extremos, “standards” intermediários às

¹⁰ A diferença entre direito e ciência talvez seja mitigada pelo fato de que a academia eventualmente distribui ônus de prova de maneira tácita. Para dar apenas um exemplo, cientistas que pretendem publicar seus trabalhos em periódicos prestigiados sabem que costuma haver entre os membros do corpo editorial certos consensos teóricos básicos. O consenso acadêmico pode funcionar como uma presunção informal (derrotável) de que estão errados aqueles que não aderem ao consenso.

vezes são estabelecidos). O que os “standards” fazem, essencialmente, é estipular com que grau de confiança deve ser inferida a conclusão de um argumento teórico. A IME, como argumento indutivo, é logicamente correta quando a veracidade das premissas torna provável a veracidade da conclusão. Nessa ideia genérica não há nenhuma menção ao grau exato de probabilidade relevante; nem é certo que a probabilidade possa ser mensurada numericamente. O que o direito faz é estipular níveis de probabilidade ou plausibilidade próprios para cada área do direito. Ele não indica valores numéricos precisos (51%, 75%, 95%, 100%), mas sugere uma gradação de qualquer forma¹¹.

CONCLUSÃO

No direito, o rol de fatos referidos na IME costuma ser limitado pelas exclusões de prova. A responsabilidade de apresentar IMEs não é repartida igualmente entre as partes do processo legal, que recebem ônus diferenciados. Além disso, o direito eventualmente estipula, por meio de “standards”, a força da relação que deve existir entre as premissas e a conclusão da IME. Essas diferenças entre IMEs dentro e fora do direito ajudam a ilustrar o que há de peculiar e institucional na argumentação teórica no contexto do processo legal.

Essas são características da argumentação jurídica que frequentemente deixam perplexas as pessoas comuns. Gulliver, o famoso personagem de Jonathan Swift, foi um contundente crítico do direito. Ele não conseguia entender, por exemplo, por que os advogados não vão direto ao assunto e perdem tanto tempo com questões circunstanciais:

Ao defender uma causa, [advogados] evitam cuidadosamente entrar no mérito da questão; mas são estrondosos, violentos e enfadonhos no discorrer sobre todas as circunstâncias que não vêm a pêlo. Por exemplo, no sobredito caso, não querem saber quais os direitos, os títulos que tem o meu adversário à minha vaca, mas se a dita vaca era vermelha ou preta, se tinha os chifres curtos ou compridos, se o campo em que eu a apascentava era redondo ou quadrado, se era ordenhada dentro ou fora de casa, a que doenças estava sujeita, e assim por diante [...] ¹².

¹¹ Para uma discussão minuciosa da relação entre IME e “standards” de prova, veja PARDO; ALLEN, 2008.

¹² SWIFT, 1983, p. 229.

A verdade formal diz respeito à conclusão a que se chega com base nas provas (licitamente) trazidas ao processo; a verdade formal nem sempre corresponde à verdade real, isto é, a conclusão a que se chegaria caso fossem consideradas todas as evidências relevantes.

Gulliver exagera, evidentemente, mas os próprios profissionais do direito costumam admitir o caráter relativamente artificial da argumentação teórica no direito. Não é por acaso que processualistas distinguem entre “verdade formal ou processual” e “verdade material ou real”, reconhecendo que juízes às vezes se contentam com o primeiro tipo de verdade no contexto de processos legais. A verdade formal diz respeito à conclusão a que se chega com base nas provas (licitamente) trazidas ao processo; a verdade formal nem sempre corresponde à verdade real, isto é, a conclusão a que se chegaria caso fossem consideradas todas as evidências relevantes¹³. O contraste entre verdade formal e verdade material tende a ser mais forte nos sistemas jurídicos que adotam um modelo de processo adversarial (para usar um anglicismo), e que, portanto, impedem que o juiz exija a produção de evidências omitidas pelas partes. Fatos relevantes podem ficar de fora não só em virtude das exclusões legais, mas também porque o juiz é impedido de incluir no processo meios de prova que poderiam ter sido trazidos, mas não foram (por omissão accidental ou deliberada das partes).

Seja como for, profissionais do direito só reconhecem a artificialidade da argumentação teórica no âmbito processual porque eles acreditam que existem boas razões para que as coisas sejam assim. Por mais estranhas que exclusões, ônus e “standards” pareçam para os leigos, eles não existem por acaso. O direito exclui a confissão do mordomo coagido para não estimular a truculência policial. O direito exclui antecedentes criminais porque aposta na ideia de que o criminoso pode se regenerar. O direito aloca o ônus da prova preferencialmente ao autor da ação para não incentivar acusações infundadas e processos frívolos. O direito estabelece um “standard” de prova particularmente rigoroso no âmbito do direito criminal,

¹³ Uma nota para filósofos puristas. A rigor, a distinção entre verdade formal e verdade material não diz respeito à veracidade das conclusões a que se chega, mas à sua justificação. Justificação e verdade são conceitos relativamente independentes para a epistemologia tradicional (que define conhecimento como crença verdadeira e justificada). Um juiz que raciocina com base em um rol legalmente limitado de evidências pode chegar a uma conclusão verdadeira sobre os fatos do caso, mas isso não fará com que seja menos artificial o argumento (a justificativa) que ele usa para sustentar aquela conclusão. A melhor evidência de que a distinção “formal/material” está ligada à justificação, e não à verdade, diz respeito ao fato de que o direito probatório (com suas exclusões, ônus e “standards”) pode ter entre os seus objetivos o de moldar a deliberação do juiz precisamente para aumentar a probabilidade de que ele descubra a verdade. Juízes não são cientistas. São pessoas comuns sujeitas a preconceitos e vieses comuns. O direito probatório pode servir, por exemplo, para limitar a quantidade de informação disponível ao juiz e orientar o seu raciocínio teórico de maneiras que inibam os efeitos nocivos de eventuais preconceitos e vieses.

sabendo que isso levará à absolvição de alguns réus culpados, porque no fim das contas talvez seja melhor “que escapem dez pessoas culpadas do que permitir que sofra um inocente”¹⁴. E assim por diante. O direito probatório não é simplesmente artificial. Ele é sabida e intencionalmente artificial.

PÓS-ESCRITO

Em um trabalho bastante recente, Giovanni Tuzet analisa em detalhe o papel da IME no direito¹⁵. Tuzet explica a IME de uma maneira distinta da que se viu aqui. Para não interromper a linha central da nossa argumentação, dedicamos a Tuzet um pós-escrito. Nada do que Tuzet diz afeta a ideia básica de que argumentação teórica é mais institucional dentro do direito do que fora dele. No entanto, alguns comentários sobre Tuzet ajudarão a iluminar aspectos importantes do método que informa o presente artigo.

Tuzet retrata a investigação sobre fatos no campo do direito como tendo duas fases distintas: a fase de formação de hipóteses e a fase de controle ou teste das hipóteses. Para ilustrar a diferença, ele faz alusão a um conto de Edgar Allan Poe, em que mãe e filha são brutalmente assassinadas em seu apartamento¹⁶. O autor dos crimes mostrou ser extremamente forte e ágil. Além de ter decapitado uma das vítimas, fugiu sem ser visto, logo depois dos crimes, de um prédio alto que não tinha escadas de incêndio. O criminoso foi ouvido por testemunhas, mas falava uma língua estranha, que não se pôde identificar. Com base nesses e outros fatos, o detetive considera a hipótese peculiar de que o assassino não é humano. Em seguida, para testar a hipótese, o detetive faz publicar no jornal a falsa notícia de que está na posse de um orangotango fugido, e pede que o seu dono o recolha. Um marinheiro logo se apresenta e afirma ser dono do orangotango. O detetive acaba por extrair do marinheiro mais informações sobre o orangotango, entre elas a de que o animal havia escapado e entrado no prédio das vítimas antes de desaparecer.

¹⁴ A frase, de William Blackstone, é discutida por Frederick Schauer (2009, p. 221): “É lamentável que pessoas culpadas sejam absolvidas. Assim pensava Blackstone [em 1769] e assim pensamos ainda hoje. Mas é ainda pior que pessoas inocentes sejam condenadas. Consequentemente, o sistema jurídico calibra o standard de prova de modo que o direito possa promover o interesse social de punir os culpados e, ao mesmo tempo, manter bastante baixo o número de inocentes punidos” (tradução livre).

¹⁵ TUZET, 2014

¹⁶ Ibid., p. 129-132.

A história, assim contada, pode dar a impressão de que o esquema geral da IME é inadequado. O esquema, lembre-se, é o seguinte:

Esquema geral da IME.

1. F é um conjunto de fatos.
 2. A hipótese H explica F.
 3. Nenhuma outra hipótese explica F tão bem quanto H.
- Logo,
4. H é verdadeira.

Para retratar o raciocínio do detetive de modo análogo ao de Tuzet, teríamos de revisar o esquema significativamente:

Novo esquema geral da IME.

1. F é um conjunto de fatos.
 2. A hipótese H explica F.
 3. A princípio, nenhuma outra hipótese explica F tão bem quanto H.
- Logo,
4. H merece ser testado à luz de um conjunto G de fatos adicionais.
 5. H explica G adequadamente.
- Logo,
6. H é verdadeira.

Em F incluem-se os fatos conhecidos pelo detetive antes do anúncio no jornal (duas mulheres foram assassinadas – uma delas, decapitada – por um indivíduo que escapou sem ser visto de um prédio alto etc.). Em G estão os fatos descobertos depois do anúncio no jornal (um marinheiro afirma ser dono de um orangotango fugido etc.). De acordo com o novo esquema, a IME é um argumento complexo, composto por duas inferências encadeadas¹⁷. No raciocínio do detetive de Edgar Allan Poe, a primeira inferência isola uma hipótese que merece ser considerada, e a segunda inferência submete

¹⁷ Tuzet afirma que a primeira inferência não é dedutiva, mas que a segunda pode ser (*Op. cit.*, p. 134-135). Essa é uma ideia interessante que, por falta de espaço, não será discutida aqui. Ao retratar a investigação sobre fatos como um processo composto por mais de uma inferência, Tuzet se aproxima de Charles Peirce, o autor original da noção de abdução; embora, ao contrário de Peirce, Tuzet não associe tão claramente a primeira inferência ao “processo de descoberta” (em oposição ao “processo de justificação”) de hipóteses teóricas. Uma análise crítica da teoria de Peirce encontra-se em FRANKFURT, 1958.

essa hipótese a confirmação empírica. Uma objeção relativamente técnica a essa maneira de conceber a IME (como um argumento composto por duas inferências distintas) consiste na ideia de que a confirmação empírica está entre os critérios que servem para determinar qual é a melhor hipótese (conceito que aparece já na premissa 3) entre os candidatos possíveis¹⁸. Mas há uma maneira mais simples e menos abstrata de explicar por que a IME é bem retratada pelo esquema original.

O novo esquema representa com mais fidelidade a cronologia do raciocínio do detetive. Na verdade, é provável que todos nós raciocinemos por etapas quando buscamos a melhor explicação para conjuntos de fatos relativamente complexos¹⁹. Consideramos os fatos mais evidentes, formulamos hipóteses preliminares e depois buscamos dados adicionais para aferir se as hipóteses preliminares são realmente as melhores possíveis. Seja como for, ao final do processo de investigação, nada nos impede de apresentar o resultado do nosso raciocínio através de um argumento conciso que omita as diferentes etapas da investigação e revele, de uma só vez, quais são os fatos que pudemos reunir e qual é a hipótese que melhor os explica. No tribunal, o detetive provavelmente apresentaria todos os fatos por ele apreciados, inclusive a confissão do marinheiro, como fatos que, em conjunto, levam à conclusão de que o criminoso é um orangotango. Na verdade, dada a singularidade do caso, o juiz poderia insistir na produção de outras evidências que servissem para testar de maneira ainda mais exaustiva a hipótese de que o orangotango é o culpado. Por exemplo: o juiz poderia pedir que um veterinário examinasse o animal para aferir sua agressividade diante de seres humanos. De qualquer forma, no momento de justificar a sua conclusão teórica, o juiz reuniria todos os fatos apresentados (licitamente) nas sucessivas etapas do processo sob um mesmo rol, dentro de uma mesma IME concisa²⁰.

Analogamente, o exemplo da família Chaves foi formulado com base no pressuposto de que todos os dados considerados relevantes pe-

¹⁸ Ver MACKONIS, 2013.

¹⁹ Por sinal, as etapas do raciocínio podem ser ainda mais numerosas do que supõe o próprio Tuzet. A propósito, veja AMAYA, 2008. Amaya ilustra a complexidade do raciocínio abduutivo no direito através de um caso particularmente controvertido, o de O.J. Simpson.

²⁰ Isso é algo que o próprio Tuzet parece reconhecer ao apontar uma diferença entre o objetivo teórico de representar o desenvolvimento da dialética processual e o objetivo de retratar a forma como uma decisão judicial é fundamentada ao final do processo (TUZET, 2014, p. 135). São objetivos distintos que parecem pedir esquemas distintos.

A argumentação tem a ver com a forma como indivíduos justificam suas conclusões publicamente, não com o processo psicológico que precede o processo de justificação.

los investigadores já haviam sido colhidos. É claro que, havendo dúvida sobre se a apuração dos fatos foi exaustiva, um detetive poderia continuar a explorar a plausibilidade da hipótese de que o mordomo é o assassino. Ele poderia, por exemplo, explorar a correspondência particular do mordomo em busca de algum indício de rancor em relação ao Sr. Chaves. De qualquer forma, ao final do processo as cartas acabariam por integrar o rol de fatos F que figura na IME do detetive. O que, reconhecidamente, o esquema original não faz é expor a cronologia e outros aspectos interessantes do processo de descoberta do detetive. Mas o objetivo deste artigo foi sempre o de explicar como se *argumenta* dentro e fora do direito. A argumentação tem a ver com a forma como indivíduos justificam suas conclusões publicamente, não com o processo psicológico que precede o processo de justificação.

REFERÊNCIAS

- AMAYA, Amalia. Inference to the Best Legal Explanation, in: KAPTEIN, Hendrik; PRAKKEN, Henry; VERHEIJ, Bart (Eds.). *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*. Aldershot: Ashgate Publishing, 2008. p. 135-159.
- FRANKFURT, Harry G. Peirce's Notion of Abduction. *Journal of Philosophy*, v. 55, n. 14, p. 593-597, 1958.
- MACCORMICK, Neil. Argumentation and Interpretation in Law. *Ratio Juris*, Bologna, v. 6, n. 1, p. 16-29, March 1993.
- MACKONIS, Adolfas. Inference to the Best Explanation, Coherence, and Other Explanatory Virtues. *Synthese*, v. 190, n. 6, p. 975-995, 2013.
- OKASHA, Samir. *Philosophy of Science: A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2002.
- PARDO, Michael; ALLEN, Ronald. Juridical Proof and the Best Explanation. *Law and Philosophy*, v. 27, n. 3, p. 223-268, 2008.
- PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The Three Faces of Defeasibility in the Law. *Ratio Juris*, Bologna, v. 17, n. 1, p. 118-139, 2004.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2009.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. *Understanding Arguments: An Introduction to Informal Logic*. 8. ed. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. A Distinção entre Direito e Moral e a Distinção Moral do Direito. *Revista de Direito do Estado*, v. 22, p. 131-145, 2012.

SWIFT, Jonathan. *Viagens de Gulliver*. Tradução Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

TUZET, Giovanni. Usos Jurídicos de la Abducción. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). *Prueba e razonamiento probatorio en derecho: debates sobre abducción*. Albolote: Editorial Comares, 2014.

WELLMAN, Carl. *Challenge and Response: Justification in Ethics*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1971.